

Guemureman, S. y Bianchi, E. **Riesgos no tan explícitos y peligros no tan solapados. Un análisis de los proyectos de ley sobre responsabilidad penal juvenil en Argentina, 2016-2018.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Noviembre 2018 - Abril 2019. N° 20. Pgs 1-22 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

Riesgos no tan explícitos y peligros no tan solapados. Un análisis de los proyectos de ley sobre responsabilidad penal juvenil en Argentina 2016-2018

Not so explicit risks and not so overlapped dangers. An analysis of the bills on juvenile criminal responsibility in Argentina 2016-2018

Silvia Guemureman y Eugenia Bianchi*

Resumen

El artículo reflexiona sobre el riesgo y la peligrosidad como matrices de inteligibilidad para analizar los discursos que tematizan a jóvenes y adolescentes en relación a la responsabilidad penal. Se analizan ocho proyectos de ley con estado parlamentario durante el periodo legislativo 2018. Se postula como hipótesis que los discursos expresados en estos proyectos no constituyen bloques de sentido unitarios ni exclusivamente antagónicos, sino que exhiben una hibridación de sentidos, nociones y valoraciones. La frecuente exacerbación de la sensibilidad punitiva disparada por algún episodio delictivo en el cual participa un adolescente confiere al debate diferentes matices que expresan tensiones alrededor de tópicos diversos; entre ellos legalidad, punibilidad, potestad punitiva del estado, justicia, garantías, derechos y seguridad. En los textos legislativos coexisten concepciones sobre los sujetos destinatarios de la norma, en este caso, los adolescentes y jóvenes que infligen o presuntamente infligen la ley y alrededor de estos sujetos proliferan discursos que los ubican en fronteras móviles y difusas entre “riesgos”, “peligros” y “vulnerabilidades”. El objetivo del artículo es analizar los discursos legislativos en tanto conjugan diversas nociones de riesgo y peligrosidad articulados con otros conceptos provenientes de la arqueología foucaultiana, que remiten a estudios sobre gubernamentalidad y a la necesidad de gobierno y gestión de poblaciones. Las conclusiones muestran que las nociones de riesgo, peligrosidad y vulnerabilidad atraviesan los discursos trascendiendo las dicotomías sencillas, tales como tutelarismo-derechos; garantismo-punitivismo; progresividad-regresividad, justicia actuarial-justicia restaurativa. En tal sentido, el artículo busca ofrecer claves analíticas que aumenten la comprensión de esta problemática en Argentina.

Palabras clave: proyecto de ley–adolescentes y jóvenes–responsabilidad penal–riesgo–discursos

Abstract

The article reflects on risk and dangerousness as matrix of intelligibility to analyze discourses that take as a theme young and adolescents in relation to criminal responsibility. Eight bills with parliamentary status during the 2018 legislative period are analyzed. It is postulated as a hypothesis that the discourses expressed in these projects do not constitute unitary or exclusively antagonistic blocks of meaning, but rather show a hybridization of meanings, notions and valuations. The frequent exacerbation of the punitive sensitivity triggered by a criminal episode in

* **Silvia Guemureman:** Socióloga, Dra. en Cs. Sociales y Especialista en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles (UBA). Investigadora Independiente CONICET, con sede en Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG). Directora del Observatorio de Adolescentes y Jóvenes (OAJ). Docente de grado y posgrado. silviaguemureman@gmail.com. **Eugenia Bianchi:** Socióloga, Dra. en Cs. Sociales y Mgs. en Investigación en Cs. Sociales (UBA). Investigadora Asistente CONICET, con sede en IIGG. Docente de grado y posgrado. Integrante del OAJ. eugenia.bianchi@gmail.com

which an adolescent participates confers to the debate different nuances that express tensions around diverse topics; among them are legality, punishability, punitive power of the state, justice, guarantees, rights and security. In the legislative texts coexist conceptions on the subjects that result targets of the rule, in this case, adolescents and young people who inflict or presumably inflict the law and around these subjects proliferate discourses that place them in mobile and diffuse boundaries between “risks”, “dangers” and “vulnerabilities”. The objective of the article is to analyze legislative discourses as they combine different notions of risk and dangerousness articulated with other concepts from foucauldean archeology, which refer to studies on governmentality and the need for government and population management. The conclusions show that the notions of risk, dangerousness and vulnerability cross the discourses transcending the simple dichotomies, such as tutelary-rights; guarantee-punitivism; progressiveness-regression, actuarial justice-restorative justice. In this sense, the article seeks to offer analytical keys that increase the understanding of this problem in Argentina.

Key words: bill–young and adolescent–penal responsibility–risk–discourses

Riesgos no tan explícitos y peligros no tan solapados. Un análisis de los proyectos de ley sobre responsabilidad penal juvenil en Argentina 2016-2018

Silvia Guemureman y Eugenia Bianchi

1. Introducción

Este artículo propone una reflexión sobre el riesgo y el peligro como matrices de inteligibilidad para analizar los discursos que tematizan a adolescentes y jóvenes (en adelante AyJ) y en relación a la responsabilidad penal en Argentina. Para captar los diversos posicionamientos, se analizan proyectos de ley que detentan estado parlamentario en el Congreso Nacional durante 2018, focalizando en los Fundamentos esgrimidos por los legisladores firmantes, pero sin dejar de lado los proyectos en sí, ya que en la redacción de los artículos se plasman las ideologías. Postulamos como hipótesis que los discursos expresados en los proyectos de ley acerca de AyJ que infligen o presuntamente infligen la ley, antes que presentarse como frentes unitarios y exclusivamente antagónicos, ofrecen una serie de matices e hibridaciones que permiten ubicar una serie de regularidades en los “diagnósticos” del problema.

Estos diagnósticos incluyen: falta de adecuación normativa del país; legislación vetusta e inadecuada conforme estándares de derechos consagrados y convalidados como pisos exigibles, contexto social atravesado por la exacerbación de la sensibilidad punitiva (producto de la inseguridad social y civil-securitaria), y estatutos y representaciones de AyJ con signos diversos, entre otros tópicos que interpelan a los legisladores en su carácter de representantes de la sociedad civil, y dada la necesidad imperiosa de dar respuesta a los problemas diagnosticados.

La relevancia de este estudio reside en que Argentina está en proceso de modificar la legislación que regula el reproche penal de personas menores de edad que cometen delitos. Modificar la ley es un imperativo derivado de compromisos asumidos por el país, al ratificar e incorporar la Convención de los Derechos del Niño a la Constitución Nacional.

En este marco, los discursos expresados en los proyectos de ley con estado parlamentario se inscriben en el hecho que en la actualidad Argentina está atravesada una vez más por una embestida punitiva que focaliza en AyJ de sectores socialmente vulnerables, especialmente quienes no estudian ni trabajan; es decir, los no inscriptos, como la condensación del mal, y la personificación de la inseguridad civil socialmente construida (Castel, 2006).

En enero de 2017, y a raíz de la muerte de Brian Aguinaco de 14 años, a manos de un supuesto adolescente no punible, de 15 años, se reactivó en la agenda pública la urgencia de modificar el régimen penal de la minoridad. Ello dio pie a una embestida punitiva con un saldo de debates,

comisiones y proyectos presentados en el Congreso (Guemureman 2017, 2018; OAJ, 2017).

En este marco, el artículo busca contribuir al debate acerca de las posiciones y tesituras en juego que se alinean en torno la fijación de la edad de punibilidad, sea que se diriman en clave de imputabilidad-inimputabilidad, reprochabilidad-exención de la responsabilidad, punibilidad-responsabilidad, entre otras tantas.

2. Aspectos metodológicos: integración de diferentes perspectivas de análisis

La metodología se conformó con una estrategia flexible que incorpora nociones procedentes del análisis lingüístico (Vasilachis, 1992a; Pardo, 1992), de la especificidad del discurso jurídico (Bourdieu, 2000) y del potencial del género discursivo (Bajtin, 1982), y los integra con algunos elementos del análisis arqueológico foucaulteano, específicamente el concepto de formación discursiva (Foucault, 2002). Para el análisis de los proyectos de ley con vigencia parlamentaria al momento de la elaboración del artículo se utilizó el método comparativo, el muestreo teórico y la inducción analítica, aceptando la sugerencia de Glaser y Strauss (1967) en la generación de una teoría emergente. El método comparativo fue especialmente útil para maximizar y minimizar las diferencias entre las diferentes opiniones vertidas en los mismos temas. Se seleccionaron fragmentos de las respuestas que presentaban variaciones significativas en aquellas características consideradas relevantes. Tal como sugieren Glaser y Strauss, el análisis no consiste en la estimación cuantitativa de parámetros de un universo dado, sino en el estudio comparativo de la conducta de los actores dentro de un contexto determinado y en circunstancias determinadas en el tiempo, que plantea hipótesis y tipologías útiles para interpretar la diversidad y semejanza de las conductas observadas.

Se analizan ocho proyectos de ley con trámite parlamentario vigente presentados en la Cámara de Diputados, cuyos datos principales se presentan en el Cuadro 1. Se excluyen del análisis el proyecto S-0367/17 “Régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal”, presentado por la Senadora María Laura Leguizamón, que reproduce el proyecto de ley sobre Régimen legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal (REF. S. 2895/15), con antecedentes en los proyectos de Ley S-734, 1564/07, 1263, 1524 y 1555/09, es decir que se lo reconoce tributario del dictamen de mayoría que aquel año obtuvo media sanción. Tampoco se analizan los proyectos elaborados por el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia (COFENAF) “Propuesta para un proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil”, y por la Comisión de Expertos del Ministerio de Justicia coordinada por el Dr. Ricardo Gil Laavedra (Sistema de Régimen Penal Juvenil), en razón de que ambas iniciativas no fueron elevadas al Congreso de la Nación y no forman parte del

debate legislativo a julio 2018, momento de cierre de la recolección de los datos.

A continuación presentamos el Cuadro 1, que resume información de los proyectos relevados:

Nro	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Nominación del Proyecto	Régimen Penal de la Minoridad Ley 22278- Modificación de los artículos 1° y 3°, sobre edad para ser punible y su custodia o	Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Régimen. Modificación de la Ley 26061. Derogación de las leyes 22803 y 22278	Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Régimen	Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil	Régimen Integral de Responsabilidad Penal Juvenil	Baja de Imputabilidad a Menores. Régimen	Régimen Legal aplicable a las personas menores de dieciocho años de edad infractoras de la Ley Penal	Régimen Penal de la Minoridad (Ley 22278): Modificación de los artículos 1 Y 7, sobre edad para ser punible	Régimen Legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal
Expediente	0740-D-2017	0882-D-2017	8842-D-2016 y 0442-D-2018	6266-D-2017	5855-D-2017	0994-D-2018	0423-D-2018	0247-D-2017	S-0367/17
Cámara de Origen	Diputados	Diputados	Diputados	Diputados	Diputados	Diputados	Diputados	Diputados	Senado
Legislador/es firmantes, partido y provincia	Nanni, Miguel UCR (Salta)	Stolbizer, Margarita Rosa (GEN-PBA)	Kosiner, Pablo Francisco Juan (Justicialista) Salta	Isa, Evita Néida (Partido Justicialista)	Massa Sergio y Caamaño, Graciela (Frente Renovador. PBA)	Olmedo Alfredo (Salta Somos Todos)	Carrio Elisa María Avelina; Campagnoli, Marcela; Oliveto Lago, Paula Mariana; Vera González, Orieta Cecilia; Martínez Villada, Leonor María; Lehmann María Lucila; Terada, Alicia; Campos, Javier; López, Juan Manuel; Flores, Héctor (Coalición Cívica)	Bianchi, Ivana María (Compromiso Federal-San Luis)	Leguizamón: reproduce el proyecto de Ley sobre Régimen Legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal (Ref. S. 2895/15)
Año de Ingreso	2017	2017	2017 y 2018	2017	2017	2018	2018	2017	2017
¿Es primera vez que se presenta?	Sí	No. Fue presentado en 2009	No. Fue presentado por Juan Manuel Urtubey desde 2006	Se referencia en otros	Sí	Sí	No	No	No
Cantidad de re-presentaciones	-	4	2	-	-	-	4	3	5
Respaldo argumental	doctrinarios, expertos	doctrinarios, estadísticos, expertos	doctrinarios, expertos	doctrinarios, estadísticos, expertos	doctrinarios, expertos	fácticos, doctrinarios, estadísticos	doctrinarios, expertos	doctrinarios, expertos	-
Edad de punibilidad	16	16	16	16	14	14	14	16	-

Cuadro 1. Fuente: Elaboración propia en base a información disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/index.htm>

El interés por el análisis de proyectos de ley reside en que se trata de un tipo de textos judiciales (Pardo, 1992) en los que el poder es el verdadero artífice de su estructura formal, de donde devienen una serie de características como la necesidad de complejidad, presunta objetividad y el uso de verbos impersonales, a modo de deícticos cuya finalidad es argumentar en forma lógica. A su vez, el discurso argumentativo es aquel que a partir de una ubicación

determinada del hablante en el seno de la sociedad, señala una posición de ese hablante acerca de un tema o conjunto de temas (Vasilachis, 1992b).

Los corpus legales son textos judiciales, atravesados por discursos jurídicos argumentativos, lógicos, retóricos, que se valen de una serie de mecanismos y artilugios lingüísticos que les confieren una particular modalidad de construir o inventar la realidad jurídica (Martínez García, 1992; Pardo, 1992; Bourdieu, 2000). Todos aquellos que coproducen la práctica jurídica utilizan razonamientos deductivos, analógicos, inductivos, analíticos y estadísticos (Vasilachis, 1992a), y es habitual que los legisladores respalden sus argumentos abrevando en jurisprudencia consagrada, opiniones de expertos y datos estadísticos. Como productor del discurso, el enunciador (legislador en este caso) enuncia desde una ubicación, y esta ubicación es circunstancial pero también ideológica. Es un actor social situado y caracterizado por una posición y por disposiciones que pueden ser cognitivas, afectivas y éticas, y juegan un rol vital en la explicación de las ideologías (Bourdieu, 2000; Vasilachis, 1992a).

Desde otra perspectiva complementaria y no contradictoria, los proyectos de ley pueden entenderse como género discursivo, en tanto tipos relativamente estables de enunciados que operan como catalizadores de la lucha por el significado (Bajtin, 1982). Más específicamente, “los géneros discursivos permiten tal grado de heterogeneidad que pueden incluirse tanto las breves réplicas de un diálogo cotidiano (...) como una orden militar (...) todo un universo de declaraciones públicas (...) pero además, las múltiples manifestaciones científicas, así como todos los géneros literarios” (Bajtin, 1982: 249).

En consonancia con estas consideraciones, los fundamentos de los proyectos de ley podrían constituir un sub-género discursivo con entidad propia, un sub-género secundario, que por el tipo de discurso utilizado, sirve como develador de ideología de los legisladores, ideología que se expresa a través de palabras y enunciados. Para Bajtin, la palabra es el fenómeno ideológico por excelencia. Asimismo, podría encuadrarse dentro de un tipo retórico, propio de lo jurídico y lo político, en cuya intersección se ubican los proyectos legislativos.

Por último, algunos elementos del análisis de Foucault ofrecen claves de aproximación analítica para los proyectos de ley. Una formación discursiva es un conjunto de enunciados que se articula con prácticas concretas. Esta articulación no constituye un sistema homogéneo, sino disperso en disímiles enunciados y prácticas (Foucault, 2002, 1985, 1991; Murillo, 1996). De hecho, la formación discursiva no tematiza un objeto preexistente, sino que es constituyente de ese objeto. En línea con esta propuesta, consideramos que los proyectos de ley acerca de la responsabilidad penal de AyJ no tienen una esencia única de antemano, sino que varían su configuración, de acuerdo con prácticas discursivas y extradiscursivas que han tematizado

algunos de sus aspectos.

En lo que hace a la modificación del régimen penal de la minoridad, los debates en pos de la reforma se han activado fundamentalmente, ligados a eventos de violencia delictiva en los que personas menores de edad hubieran sido partícipes. Así fue en 2004 con Blumberg, en 2008-2009 con los casos Barrenechea, Capristo, y Cáceres (Salgado, 2015; Guemureman, 2011, 2015a, 2015b), también así fue en 2011 (caso Esquibel), y luego, y por unos años, se convirtió en moneda de cambio en el mercado de los réditos electorales (Guemureman, 2015b). Fue paradigmático el anuncio del entonces candidato a primer legislador de la PBA por el FPV, Martín Insaurralde, en confrontación con el otro candidato, Sergio Massa. En 2017 se restableció el patrón histórico con el caso de Brian Aguinaco (OAJ, 2017; Guemureman, 2017). Con este conjunto de nociones, nos interesa además conocer cómo estos géneros discursivos que no son unitarios, que hibridan sus contenidos entre sí, operan en la configuración de figuras de AyJ que serían destinatarias de estos regímenes de responsabilidad penal. Para eso, la noción de riesgo es adecuada, ya que aparece tanto en forma explícita bajo el ropaje de prevención y acciones proactivas en pos de la prevención (en la mayoría de los proyectos), como en forma latente, auspiciada como defensa social o seguridad pública (para connotar su contrario, la inseguridad), y en forma indirecta a través de la predicción y la reincidencia.

3. El núcleo duro del reproche penal: ¿responsabilidad?, ¿punibilidad?, ¿discernimiento?, ¿seguridad y alarma social?; ¿vulnerabilidad y reducción de riesgos? ¿Castigo o minimización de daños?

En el núcleo de la discusión legislativa se sitúa la cuestión de bajar o no la edad a partir de la cual el Estado se arroga la facultad de intervenir en forma de reproche sobre los sujetos que infligen la ley y que son acreedores de reacción social. La fijación de la edad obedece a distintas valoraciones. Algunos la inscriben en la capacidad, otros en el discernimiento, otros en la barrera política criminal, otros en la reprochabilidad, y de forma genérica y acrítica, el debate suele reducirse a la cuestión de la edad de imputabilidad. La referencia a la imputabilidad lleva a que brindemos una definición del concepto. Hay consenso en definirla como “la capacidad humana de actuar culpablemente dentro de los cánones de la ley penal” (Frías Caballero, 1981). Así, una posición favorable a la baja se sustenta en un necesario *aggiornamento* de época. Como marcan los Fundamentos del Expediente 0994-D-2018:

Expediente 0994-D-2018

“Consideramos que es totalmente acertado bajar la edad de imputabilidad a los 14 años, ya que el desarrollo mental del niño y adolescente ha avanzado notablemente en relación

a cuando fue sancionado nuestro Código Penal”.

Nuestro Código Penal consagra una fórmula mixta en el art. 34°, al considerar que ciertas situaciones o estados personales de carácter bio-psicológico, denominados "causas de inimputabilidad" o "causas que excluyen la imputabilidad" aniquilan la capacidad personal de reprochabilidad, de modo que el autor del acto típicamente antijurídico deja de ser imputable. Véase este artículo del Proyecto 0882-D-2017:

Expediente 0882-D-2017

IMPUTABILIDAD (CAPITULO VI), y sus causales:

Artículo 55° y 48° (respectivamente en cada proyecto): Causales de inimputabilidad.

No son punibles:

1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.
2. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente.
3. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.
4. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:
 - a) agresión ilegítima.
 - b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
 - c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquél que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.
5. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

La ausencia de culpabilidad, como imposibilidad de reprochabilidad jurídica, es factible de ser explicada a partir de dos grandes teorías. Cillero Bruñol (2001) refiere que para justificar la falta de responsabilidad como adultos de las personas menores de edad se invocan o bien las doctrinas de la imputabilidad en sentido estricto (modelo de discernimiento), para las cuales el menor es equiparado al alienado mental, y entonces no tiene facultades plenas para entender y querer, o bien las doctrinas político-criminales que consideran la edad mental como una barrera político-criminal entre dos sistemas de respuesta ante el delito: el de adultos y el de personas menores de edad. El proyecto 6266-D-2017 ejemplifica la asimilación de las dos posturas.

Expediente 6266-D-2017

Artículo 2: Inimputabilidad

No es penalmente responsable el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad al momento de la comisión del hecho. Tampoco lo es quien habiendo cumplido los dieciséis años de edad no reúna, según la apreciación del Tribunal y previo dictamen pericial, las condiciones madurativas suficientes para comprender la criminalidad del acto

y dirigir sus acciones.

Más adelante en el mismo proyecto, el Capítulo XII: Inimputables, diferencia la barrera político-criminal (art. 37°) de la imputabilidad en un sentido clásico (art. 38°):

Expediente 6266-D-2017

Artículo 37: Menores de 16 años

No es penalmente responsable la niña, el niño o adolescente que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad al momento de la comisión del hecho.

Artículo 38: Condiciones madurativas insuficientes

No es penalmente responsable quien habiendo cumplido los dieciséis años de edad no reúna, según la apreciación del tribunal previo dictamen pericial, las condiciones madurativas suficientes para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones.

Tamar Pitch (2003) analiza el tema de madurez y dice que allí es factible detectar un encuentro entre derecho penal y ciencias sociales, ya que para los jóvenes no está tan claro quiénes son los expertos que tienen que dictaminar su “capacidad de entender y querer” como en el caso de los adultos, donde es el saber psiquiátrico el que dirime la cuestión. En este caso, la derivación es hacia el sistema de protección:

Expediente 6266-D-2017

Artículo 39: Acción judicial

Cumplidas dichas constataciones, que surgieren de una evaluación integral y plan de trabajo en cada situación y previa vista al fiscal, asesor de menores e incapaces, defensor y representantes legales sin perjuicio de su responsabilidad, el juez dictara el sobreseimiento y, en su caso, dará inmediata intervención al sistema de protección integral quien dispondrá las medidas que estime corresponder regidas por las normas contenidas en la ley 26.061, en el Código Civil y demás disposiciones legales vigentes, según sea el caso.

Cuando se tratara de otros causales, como la adicción o la salud mental, se prescribe la suspensión de la imputabilidad, pero la derivación se realiza a dispositivos específicos (Art. 41°) o dispositivos institucionales especializados (Art.42°):

Expediente 6266-D-2017

CAPITULO XIII: ADICCIONES

Artículo 40: Suspensión de la imputabilidad

Se suspende la imputabilidad de toda persona joven mayor de 16 años y menor de 18 que delinquire en situación de adicción comprobada.

Expediente 8842-D-2016

Artículo 21°: **Cuando un menor por razones de edad o de su estado mental deba ser declarado inimputable en juicio por la comisión de un delito**, la autoridad judicial deberá observar las siguientes garantías: (a..., b..., y c...)

Artículo 22°: **Cuando un menor de edad haya sido declarado inimputable por razones de edad o en función del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, la autoridad judicial concluirá la causa penal a su respecto, con comunicación al Asesor de Menores quien continuará su intervención a efectos de solicitar al Juez de Familia, de Menores y/o Civil competente, o al órgano técnico especializado, su protección especial, en caso de ser necesario.**

Artículo 23º: No podrá aplicarse a los menores inimputables ninguna de las medidas previstas para los menores imputables.

Esta asimilación se realiza pese a que en los Fundamentos el legislador advierte que:

“Siendo la ley penal el punto de referencia común para adultos y menores, **el concepto de responsabilización difiere sustancialmente respecto del de imputabilidad**, en tres puntos fundamentales [no expuestos en el proyecto] ya que existe una reacción social diferenciada, consecuentemente la naturaleza de las sanciones aplicables a adolescentes es diferente a las penas aplicables a los adultos ya que en relación a los menores optamos por medidas sancionatorias-educativas y debe variar el lugar físico de cumplimiento...”.

El legislador reconoce a los sujetos menores de edad una especial capacidad de culpabilidad y así el proyecto se convierte en un híbrido que propone un modelo de responsabilidad atenuada.

A su vez, quienes asumen a la edad como barrera político criminal se bifurcan entre los partidarios de mantener la edad de reproche penal en 16, y los que proponen bajar a 14:

1) Expediente 0882-D-2017 (Art.2º) “Están exentas de responsabilidad penal las personas que al momento de comisión del delito que se les impute no alcancen la edad de 16 (dieciséis) años”.

2) Expediente 0423-D-2018: (Art. 2º) “**Las personas menores de catorce años a quienes se atribuya la comisión de un delito están exentas de responsabilidad penal.** No podrán ser perseguidas penalmente ni objetos de ninguna medida que restrinja cualquiera de sus derechos”.

Existen matices entre las posiciones según la ponderación que se atribuya al contexto social en el origen de los factores que deriven en la comisión de delitos. Aquí se presentan los antedichos híbridos, en los que se concatenan vulnerabilidad, vulneración de derechos, necesidad de protección especial, e interpelación al Estado en su carácter de garante de políticas públicas.

Así se mixturán aquellos que siguen un modelo de protección, y consiguientemente consideran que la responsabilidad debe estar atenuada en consideración de las objetivas condiciones de vida, y aquellos que propician la aplicación de un modelo de responsabilidad, por medio de un sistema de derecho penal especial para adolescentes. Sobre esta última propuesta, es elocuente el proyecto que, anclando su fundamentación en el trabajo “La rebaja de la edad de imputabilidad” (UNICEF, agosto de 2014, Montevideo, Uruguay) afirma:

Expediente 5855-D-2017

“Si bien legalmente los adolescentes menores de 18 años de edad están exentos de responsabilidad penal de adultos, el ordenamiento jurídico prevé para ellos, en caso que participen en hechos delictivos, un sistema de consecuencias jurídicas especiales. **Por tanto, no debe confundirse inimputabilidad con ausencia de culpabilidad, irresponsabilidad e inexistencia de consecuencias jurídicas por el ilícito cometido. Es decir, un sistema de responsabilidad penal de adolescentes diferenciado del de adultos no significa impunidad**”.

Verificada la existencia de un hecho presumiblemente delictual en el que haya

participado **un joven, el Estado debe contar con un régimen procesal diferencial al de adultos** y un sistema de respuestas integrales sin finalidad punitiva, que proteja la reinserción del menor con resguardo de la víctima y la sociedad.

También el histórico proyecto presentado en distintas oportunidades por ARI-Coalición Cívica pone de relieve el principio de especialidad. En sus Fundamentos:

Expediente 0423-D-2018

Hoy volvemos a presentar este proyecto de creación de un régimen de responsabilidad penal juvenil que abarque la franja etaria entre los 14 y los 18 años, que incorpora institutos jurídicos novedosos y relevantes.

Esta propuesta dispone la existencia de un sistema de responsabilidad penal juvenil con todas las garantías sustantivas y procesales contenidas en la Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que sin excepción deben verse materializadas en cada uno de los procesos judiciales. De tal manera, se pretende que los fallos de los tribunales sean exclusivamente el resultado de procedimientos ajustados a estándares internacionales y en los cuales se elimine cualquier forma de discrecionalidad en desmedro de los sujetos de esta ley.

En otros proyectos se mezclan modelos de discernimiento y de protección, que atenúan la responsabilidad, comulgan con los estándares de garantías, reducen a la mínima expresión las medidas restrictivas de la libertad, pero no renuncian a una intervención coactiva, aunque solapada bajo el disfraz de la protección y corrección (Cillero Bruñol, 2001).

Expediente 0247-D-2017

Artículo 1: Modifícase el artículo 1° de la ley n° 22.278, el cual quedara redactado de la siguiente manera: "Artículo 1: No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de tres (3) años, con multa o inhabilitación

Si alguno de ellos hubiere cometido un delito, se le garantizará en forma inmediata la asistencia letrada que lo representará y se le dará aviso inmediato a sus padres, tutores, guardadores o representantes legales estando prohibido adoptar contra ellos ninguna medida que implique la restricción a su libertad.

En ningún caso el Juez interviniente podrá disponer provisoriamente del menor, debiendo garantizársele no solo la libertad sino también las garantías del debido proceso y todas las medidas que sean conducentes para que el menor sea reintegrado a su familia.

Si de los estudios que se realizarán surge que el **menor se halla en estado de abandono, peligro o falta de asistencia**, el Juez dispondrá las medidas necesarias para que el menor sea debidamente atendido en instituciones adecuadas y con asistencia profesional permanente.-

El Defensor de Pobres y Menores será parte en todos los procedimientos (...), todo bajo pena de nulidad."

En el mismo sentido se expresa el cuarto párrafo del artículo 1° del Proyecto 0740-D-2017, que tiene el agravante de dejar indemne el instituto de la disposición:

Expediente 0740-D-2017

(...) Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, **el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado**, previa audiencia de los

padres, tutor o guardador.

Planteando la inimputabilidad en forma más *aggiornada*, pero no menos intrusiva, se pronuncia el artículo 22° del proyecto 8842-D-2016, representado con el expediente 0442-D-2018.

Expediente 0442-D-2018

Artículo 22°: Cuando un menor de edad haya sido declarado inimputable por razones de edad o en función del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, la autoridad judicial concluirá la causa penal a su respecto, con comunicación al Asesor de Menores quien continuará su intervención a efectos de solicitar al Juez de Familia, de Menores y/o Civil competente, o al órgano técnico especializado, su protección especial (...).

Y por último, el Proyecto 5855-D-2017, que inspirado en la experiencia de la Provincia de Buenos Aires, repropone medidas de seguridad con restricción de libertad para hechos graves:

Expediente 5855-D-2017

Capítulo V. De los jóvenes inimputables

Artículo 68. **Inimputabilidad por su edad.** Comprobada la existencia de un hecho calificado por la Ley como delito, y presumida la intervención de un joven que no haya alcanzado la edad establecida por esta legislación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 para habilitar su punibilidad penal, el Fiscal solicitará al Juez de Garantías su sobreseimiento.

Sin perjuicio del cierre del proceso penal respecto del joven, si se advirtiere la existencia de alguna vulneración de sus derechos específicos, el Juez de Garantías podrá aplicar alguna de las medidas de Protección Integral de Derechos (...)

Artículo 69. **En casos de extrema gravedad en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del joven inimputable, el Fiscal podrá requerir al Juez de Garantías el dictado de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria (...).**

En contraste con estos proyectos que prevén diferentes estrategias de gestión de riesgos dentro del sistema penal (más o menos excluyentes), otros interpelan en forma directa al sistema de protección, apuntando a tecnologías de gestión de riesgos socialmente inclusivas. Véanse un mix de previsiones normativas y argumentos.

Expediente 6266-D-2017

CAPITULO VI: Intervención del Sistema de Protección Integral

Artículo 13: Intervención del Sistema de Protección Integral

Si surgiere que la niña, el niño o la persona adolescente, cualquiera fuere su edad, **se encontrare en una situación de vulneración de derechos, el juez dará intervención al órgano competente del sistema de protección integral de niñez y adolescencia** para que adopte las medidas que estime corresponder.

De la lectura de los diferentes proyectos, emerge que existe una delgada línea que separa la apreciación de situaciones objetivas de vulnerabilidad, con causales de inmadurez derivadas de situaciones socioculturales de pobreza y privación. En el mejor de los casos, esta apreciación se traduce en la prescripción de sanciones o reproches atenuados:

Expediente 0882-D-17

Artículo 65: Determinación de la pena.

Declarada la responsabilidad penal de la persona menor de 18 (dieciocho años) al momento de la comisión del hecho, el juez o tribunal procederá a determinar la aplicación y pertinencia o no de una sanción de acuerdo a las siguientes pautas (...).

En particular, se considerarán como atenuantes las siguientes:

a. La menor comprensión de la criminalidad del acto en función del grado de madurez intelectual y afectiva.

b. Las carencias materiales y afectivas que padezca.

c. El comportamiento posterior al hecho, en cuanto revele la disposición para reparar el daño, resolver el conflicto, mitigar sus efectos o expresar su arrepentimiento.

Las condiciones personales, económicas y familiares adversas del imputado deberán interpretarse exclusivamente como correctivo de la pena, a los fines de su morigeración o no aplicación, nunca para agravamiento de la sanción.

Luego de pasar revista a los índices contundentes de vulneración de derechos, este proyecto, así como el 6266-D-2017 -con que el que comparte Fundamentos, expresa:

Expediente 0882-D-17 y Proyecto 6626-D-2017

En tal sentido, entendemos que las circunstancias personales sólo pueden integrarse en la sanción en clave de vulnerabilidad social y redundar en una disminución o exención del reproche.

En el peor de los casos, se incurre en miradas compasivas que traen reminiscencias de modelos de protección que combinan como bien dijera García Méndez (2001) compasión y represión. El artículo 29° del Proyecto 0994-D-2018 es un claro ejemplo:

Expediente 0994-D-2018

Artículo 29.- Para la determinación de la sanción aplicable el tribunal analizará la racionalidad y proporcionalidad de la sanción elegida respecto del hecho cometido, la edad de la persona imputada y la comprensión del hecho dañoso, los esfuerzos que hubiere realizado para reparar los daños ocasionados y la capacidad para cumplir la sanción.

Para facilitar **la adopción de una decisión justa**, antes de ser dispuesta la sanción, el juez deberá contar con informes del equipo interdisciplinario sobre el medio social, las condiciones en que se desarrolla la vida de la persona menor de dieciocho (18) años (...).

Las sanciones previstas podrán aplicarse en forma simultánea, sucesiva o alternativa y/o suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas (...)

4. Riesgos, peligros y proyectos

La lectura del Cuadro 1 arroja que la mayoría de los proyectos se presentaron con anterioridad, y algunos tienen varias re-presentaciones en nombre de los mismos legisladores, o legisladores del mismo bloque o partido. Esta particularidad permite trazar un genealogía de proyectos que reconocen linajes identitarios que los ubican de uno u otro lado de la línea divisoria en relación a la fijación de edad de reproche penal (Guemureman, 2018).

Continuando el análisis del Cuadro, cinco proyectos mantienen la edad en 16 años, y tres proyectos proponen bajarla a 14 años. Más compleja es la cuestión al pretender inteligir las matrices de peligrosidad, vulnerabilidad y riesgo, ya que estas también se expresan en

enunciados como prevención, vulnerabilidad y protección; esto es, aluden en forma simultánea a diferentes estrategias orientadas a la gestión del riesgo según sean socialmente inclusivas o socialmente excluyentes (O'Malley, 2006). A la vez, la aplicación -o no- de la figura de la reincidencia, añade un discriminador, ya que ubica al riesgo vinculado a un pasado que habrá de repetirse del mismo modo en el futuro. En palabras del autor

“El riesgo solo puede trabajar para nosotros si el pasado se repite, ya que el poder predictivo está fundado sobre el supuesto de que lo que sucedió en el pasado, volverá a ocurrir de la misma manera y con la misma frecuencia en el futuro. En este sentido, es conservador” (O'Malley, 2006: 255).

Esta predicción basada en el riesgo, altera nuestro sentido de justicia. Al respecto, es lapidaria la crítica que Harcourt (2013) realiza a la justicia actuarial, basada en el cálculo de riesgos:

“El giro actuarial ha comenzado a deformar nuestra percepción de pena justa y nos parece lógico determinar la pena en base a una evaluación de riesgo actuarial, en que la reincidencia juega un papel fundamental, es decir, empezamos a considerar que es justo que vincule la pena a la probabilidad estadística de reincidencia (Harcourt, 2013: 127).

Harcourt señala además que:

“Esto cambia totalmente la relación entre norma legal y ciencia social. La predicción de peligrosidad futura se convirtió en el núcleo de la pena justa. Nos hemos convertido en esclavos de la probabilidad. Si hubiésemos desarrollado un modo de medir la intencionalidad, un termómetro de la intención, probablemente se habría impulsado un castigo basado en la culpabilidad moral” (Harcourt, 2013: 129).

Estas primeras y necesarias consideraciones nos introducen en un plano más abarcativo, vinculado con el concepto de riesgo. En la actualidad el riesgo constituye una noción ampliamente empleada en el lenguaje cotidiano, polisémica y susceptible de controversias. En los estudios sociales, existen tres amplias perspectivas que abordan esta categoría (Reith, 2004). La culturalista-constructivista, representada por Mary Douglas; la que asume el modelo de ‘sociedad del riesgo’, y se expresa en los estudios de Beck, Giddens y Luhmann, y la centrada en la gubernamentalidad, bajo la impronta de Foucault, y ampliada con los aportes de Castel, Rose, Ewald, O'Malley y Dean. Cada una configura la noción de riesgo de modo diferente, sea que se la considere un constructo social, una característica de la modernidad tardía, o un cálculo discursivo, respectivamente. A algunos lineamientos generales de esta última perspectiva dedicamos el siguiente apartado.

5. Genealogistas del riesgo: estirpes puras y mestizas

Un rasgo que caracteriza a los estudios de la corriente que denominamos genealogista por su

común empleo de la genealogía foucaultea como plafón de análisis, fue señalado por Rose (1996b), quien considera al riesgo como parte de un específico estilo de pensamiento, gestado durante el siglo XIX, que trajo aparejados nuevos métodos para entender y actuar sobre la desgracia. De hecho, a lo largo de la historia el riesgo se ligó a diferentes nociones.

Durante el siglo XVII y parte del siglo XVIII, se asociaba al concepto de accidente, quedando dotado este último de ciertas connotaciones metafísicas que lo ubicaban como algo malo y relacionado con el sufrimiento, ya sea que éste fuese corporal o moral. El accidente quedaba anudado a la égida de lo pecaminoso, el infortunio, el destino y la desgracia (Caponi, 2007). En el siglo XIX se modifica la percepción social del accidente y gradualmente se vincula con la noción moderna de riesgo, que comienza a expresarse de la mano de las preocupaciones de los Estados nacionales por arbitrar los antagonismos entre capital y trabajo.

Más allá de estas aproximaciones, vale aclarar que el riesgo no remite a “algo” intrínsecamente real, sino a un modo particular en el que los problemas son imaginados y tratados (Rose, O’Malley y Valverde 2006). El riesgo es una técnica probabilística con la cual se clasifica un número (generalmente elevado) de eventos a lo largo de una distribución. Los valores que arroja la distribución resultante se utilizan como instrumentos para realizar predicciones que reduzcan daños. En este esquema, la prevención juega un lugar central (Castel, 1986).

Siempre de acuerdo a la corriente mencionada, vale subrayar que el riesgo es una técnica altamente abstracta, que habilita una miríada de formas concretas de gobierno de individuos y poblaciones. Esta técnica, es además aplicable a diversas problemáticas, con múltiples implicancias morales y políticas.

La lógica del riesgo se aplica en casos en los que la detección de un conjunto de riesgos o factores de riesgo desencadena una señal. Sin embargo, se parte de una probabilidad abstracta de riesgos; y no de una problemática empírica, que conlleva una deducción específica a partir de una definición general de los peligros que se busca prevenir (Castel, 2006).

Estas estrategias promueven modalidades de vigilancia sustentadas, entre otras herramientas, en la detección sistemática, que se utiliza para anticipar e impedir la emergencia de un suceso no deseable (y este puede consistir en una enfermedad, una anomalía o un comportamiento desviado), a la vez que se prescinde de la relación real entre el vigilante y el vigilado, ubicándose este último “en el seno de poblaciones estadísticas detectadas como portadoras de riesgos” (Castel, 1984: 153-154). El concepto de riesgo se posiciona entonces como una forma de hacer inteligible y administrable una serie amplia de dificultades, desde la administración organizacional y la pérdida de trabajo, hasta la enfermedad o la criminalidad. También opera en los enunciados de los proyectos que analizamos. Precisamente, en algunos fragmentos de

proyectos el cálculo del riesgo aparece fuertemente ligado a una dinámica de prevención:

Expediente 0740-D-2017

“Es por ello que el debate sobre la baja edad de imputabilidad debe ser profundo y sin apresuramientos, lo que debe ser urgente es la prevención del delito en los menores y para ello el proyecto propone acción presupuestaria por parte del Estado Nacional. Debemos avanzar hacia soluciones con impacto en el corto plazo y sobre todo preventivas, pues la baja de imputabilidad se ocupa esencialmente de la faz retributiva del problema en términos del derecho penal”.

Expediente 0882- D-2017 y 6266-D-2017

Retomando los lineamientos del planteo inicial de esta fundamentación, sostenemos que el eje de una política sobre infancia y juventud debe estar encaminado hacia la prevención y no a la represión. Sólo la paulatina construcción de una cultura contra la punición penal de los actos de los niños puede llevar a disminuir la tendencia a hacer recaer en los adolescentes la responsabilidad por las fallas sociales.

Al hablar de **prevención** de lo que se trata es de atender precisamente el surgimiento de condiciones de vulnerabilidad social y adoptar medidas que aseguren oportunidades plenas para el ejercicio de derechos, enfrentando o reduciendo las condiciones de pobreza, exclusión social, violencia, explotación y deserción escolar, entre muchas otras. Para ello es indispensable concentrar nuestros esfuerzos en fortalecer el sistema de promoción y protección integral. No alcanza con marcos jurídicos que proclamen derechos, si tenemos organismos y dispositivos carentes de recursos y capacidades. Pero, por sobre todas las cosas, se requiere voluntad política para hacer efectivas las políticas integrales.

Volviendo al concepto del riesgo, para Castel estas modalidades constituyen una mutación, ya que permiten que diferentes tecnologías de vigilancia se articulen en pos de los objetivos de predicción y reducción de riesgos. Esta mutación conlleva que la intervención ya no se orienta a reformar, corregir, castigar o curar a un individuo concreto, porque la noción de sujeto ha sido reemplazada por la de factor, por la correlación estadística de elementos heterogéneos susceptibles de producir un riesgo. Al escindirse la sospecha de la manifestación de los síntomas, el foco queda puesto en la exhibición de una serie de particularidades que aquellos considerados como especialistas han instituido en factores de riesgo, que personifican sujetos de riesgo concretos: los AyJ que selecciona el sistema penal son un colectivo factorizado.

La diferencia con estrategias de prevención clásicas (centradas en anticipar un acto particular) reside en que esta nueva forma de concebir la prevención busca construir las condiciones objetivas de aparición del peligro, para deducir de ellas nuevas modalidades de intervención. Y este paso de la peligrosidad al riesgo conlleva una multiplicación potencial de las posibilidades de intervención, en un intento por lograr el control absoluto del accidente, concebido ahora como la irrupción de lo imprevisto (Castel, 1986). Estas modalidades introducen como paradoja que, para erradicar el riesgo, se construyen multiplicidad de nuevos riesgos, susceptibles a su vez de nuevas políticas preventivas. Y estos nuevos riesgos incluyen tanto peligros internos al individuo como amenazas externas, que no pueden manejar (Castel, 2006).

Rose (1996b) amplía estas consideraciones, señalando que el lenguaje del riesgo es indicativo del cambio hacia una lógica en la que la posibilidad de incurrir en infortunios o pérdidas ya no es ni dejada al destino, ni administrada por el Estado Providencia. El lenguaje del riesgo recodifica el tratamiento de los problemas. Nuevas zonas de intervención se hacen visibles y la ‘administración del riesgo’ se añade a las exigencias de individuos y autoridades, de modo que los individuos deben hacerse crecientemente responsables por el *management* de su propio destino y el de su familia, a través del cálculo de las consecuencias futuras de los actos presentes. Esto implica “traer el futuro al presente y hacerlo calculable, utilizando la inteligibilidad estadística” (Rose, 1996b: 341). En el caso de los adolescentes, es habitual que las exigencias de administración recaigan en las familias, asignándoles responsabilidades, y previendo sanciones por incumplimientos.

Expediente 5855-D-2017

Artículo 48. Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión del joven llevado a cabo por el Juez o Tribunal y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro. Cuando corresponda deberá advertir también a los padres tutores o responsables sobre la conducta seguida indicando su valor de colaboración el respeto de las normas legales y sociales.

Artículo 56. Las medidas (...) tendrán por finalidad fomentar el sentido de responsabilidad del joven y orientarlo en un proyecto de vida digno, con acciones educativas que se complementarán con la intervención de la familia, la comunidad y áreas gubernamentales respectivas, con el apoyo de los especialistas que el Juez determine. (...)

Sección II

De las medidas a padres tutores y o responsables.

Artículo 64. Son medidas aplicables a los padres o responsable por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los jóvenes.

Las medidas son:

- 1. Multa de pesos DIEZ MIL (\$10.000) a pesos DIEZ MILLONES (\$10.000.000)**
- 2. Asistencia a un programa oficial o comunitario de protección a la familia, de asistencia a la víctima o de reparación social**
- 3. Inclusión en un programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos;**
- 4. Recibir un tratamiento psicológico o psiquiátrico;**
- 5. Recibir cursos o programas de orientación;**
- 6. Obligación de matricular o inscribir al hijo o pupilo y a observar su asistencia y aprovechamiento escolar;**
- 7. Obligación de encaminar al joven a un tratamiento especializado;**
- 8. Advertencia;**
- 9. Pérdida de la guarda.**

Como queda expresado, también en los individuos recae la tarea de hacerse responsables por las fallas en la administración del riesgo, convirtiéndose en una técnica en la que se configuran simultáneamente la lógica de la responsabilidad y la de la censura, y dando forma a nuevas relaciones “entre las tecnologías de gobierno de los otros, y los modos en los que los seres

humanos entienden y se gobiernan a sí mismos” (Rose, 1996a: 14).

En los modelos de Estado social, el individuo está modelado por regulaciones estatales y sistemas colectivos de producción de seguridad, y se organizan sistemas para garantizar la protección y la seguridad, que se imponen al punto de estar completamente interiorizados. Sin embargo, Castel (2006) entiende que la mundialización de los intercambios y la exacerbación de la competencia llevan a crecientes procesos de individualización y descolectivización. El riesgo como gestión de responsabilidad individual se inscribe en estos procesos.

Las nuevas lógicas de gestión del riesgo multiplican intervenciones en las que se requiere un cálculo normativo, y fragmentan el espacio social en compartimentos, zonas y pliegues “cada uno de los cuales está compuesto por un vínculo entre actividades actuales específicas y conductas, y las probabilidades generales de sus consecuencias” (Rose, 1996b: 343).

6. Reflexiones finales

En los proyectos de ley se contraponen enfoques que suponen estrategias de gestión de riesgos radicalmente opuestas. Hay estrategias que ante los riesgos (presentes o futuros) postulan tecnologías socialmente excluyentes, basadas en la incapacitación, la neutralización, la exacerbación de la prevención *ex ante*, con su correlato en programas que enfocan en el “antes de” –el evento disvalioso- y actúan “como si” el evento se hubiera producido.

El cálculo del riesgo excluyente utiliza las probabilidades estadísticas para identificar sujetos susceptibles de cometer determinados actos. El ejemplo paradigmático es la identificación de los delincuentes de alto riesgo que se realiza en el marco de la administración de justicia actuarial. Estos cálculos establecen una correlación entre diferentes factores que redundan en la confección de tablas, que fijan de antemano las medidas o posibles reproches penales en los que el riesgo personificado por el autor es más relevante que el acto cometido.

Así, el reproche penal se relaciona con esa estimación de riesgo, y con esto vira peligrosamente a un derecho penal de autor, más que de acto. Por este motivo, la medida de reproche penal no reviste un contenido retributivo ni rehabilitador, sino incapacitador, dirigido solamente a la reducción de riesgos. La ley Megan en Estados Unidos es un ejemplo paradigmático¹.

Frente a este cálculo de riesgos propio de la justicia actuarial (Feeley, 2008; O'Malley, 2006; Harcourt, 2013) que dejan a los sujetos en calidad de inertes, “han caído por debajo del umbral

¹ En 1994, Megan Kanka una niña de 7 años fue asesinada en Hamilton Township, Condado de Mercer (Nueva Jersey) por Jesse Timmendequas, un delincuente sexual que previamente había sido condenado por crímenes sexuales y que vivía en su vecindario. Como consecuencia de la indignación pública, proliferaron las iniciativas legislativas tendientes a activar a las autoridades policiales para que hagan pública la información sobre los delincuentes sexuales registrados.

de la disuasión” (O’Malley, 2006:259), aparece otra mirada de los riesgos, asociados a las vulnerabilidades sociales y que concitan tecnologías que apuntan a minimizar daños, y en tal sentido, son socialmente incluyentes. Estas tecnologías se expresan, por ejemplo, en la justicia restaurativa, que aun dentro del modelo neoliberal, pretende resolver los riesgos incluyendo dentro de la comunidad, empoderando a las partes, transfiriendo el gobierno de los problemas a los interesados más que a los expertos, y por sobre todo, tratando que el daño no vuelva a ocurrir. Para esto, se promueven programas que favorecen la minimización de daños. Partiendo de las estrategias de minimización de daños procedentes de los programas de drogas, extienden el alcance de daño a otros riesgos que exceden el consumo.

Así, todos los daños son tomados como riesgos, como identificables probabilísticamente y susceptibles de ser prevenidos o minimizados mientras que todas las intervenciones deben estar dirigidas a la reducción de los riesgos en todas las áreas, entre ellas salud pública, delitos, corrupción policial desempleo, pérdida de productividad, trastornos familiares, daños colaterales para los niños, aislamientos, enfermedades mentales. (O’Malley, 2006).

Estas posiciones no desisten de responsabilizar a los sujetos, pero la responsabilización no implica exclusión social, sino el involucramiento en el proceso de reducción de daños. La responsabilización no está así atada a conductas pasadas, a un proceso de reparación o de producción de vergüenza o culpa. Se trata de una responsabilidad para el futuro gobierno de esas conductas o prácticas. “Como una política basada en el riesgo, la minimización de daños mira hacia el futuro, y hasta un punto de vista considerable invierte pocos o ningún recurso en la evaluación moral del comportamiento pasado” (O’ Malley, 2006: 265).

Bajo esta matriz de minimización de daños, se cobijan los programas de prevención del delito basados en una criminología del desarrollo personal, que reconocen como factores de riesgo a los tipos de condiciones sociales identificadas como problemáticas, tal como las condiciones de los niños y niñas que ameritan medidas especiales de protección de derechos. Un buen ejemplo a nivel internacional es el programa canadiense *National Crime Prevention of Canada*, que condensa una lectura sobre riesgo y vulnerabilidad caro a nuestras realidades locales y que es citado en los fundamentos de algunos proyectos:

“Los niños experimentan diferentes niveles y combinaciones de riesgo. La vulnerabilidad social y económica, sin embargo, presenta un conjunto de factores de riesgo asociados para los niños y sus familias. Las condiciones de pobreza contribuyen a una mala salud, y nutrición e incrementan los niveles de tensión familiar. También los niños nacidos en la pobreza están en una situación de riesgo mayor de experimentar discriminación y victimización...” (O’Malley, 2006:246).

Lo interesante es que este informe recomienda una estrategia de prevención del delito que

incluya la provisión de servicios educativos, sociales y sanitarios. Esta tecnología socialmente inclusiva, que contempla el riesgo en carácter de vulnerabilidad, se plasma en los proyectos que propugnan el fortalecimiento del sistema de protección de derechos, es decir, estrategias preventivas de reducción de riesgos a través de la reducción de vulnerabilidades, y en forma extensiva, apuestan a la minimización de daños. Haciendo foco en la vulnerabilidad, que desplaza el eje del riesgo o peligro moral y material, aparecen en el escenario legislativo los proyectos que interpelan directamente al sistema de protección integral.

Como marcamos en el artículo, el análisis combinado de diferentes textos judiciales (proyectos legislativos y fundamentos de proyectos), esta distinción entre diferentes tecnologías de gestión de riesgo cobró evidencia. En este recorrido, el debate por la fijación de la edad, atravesando los tópicos de responsabilidad, imputabilidad, reprochabilidad, madurez, discernimiento, vulnerabilidad, nos deja en la puerta de la problematización de las nociones de riesgo y peligro.

Bibliografía

- Bajtín, M. (1982). *Estética de la creación verbal*. México: Siglo XXI.
- Bourdieu, P. (2000). *La fuerza del derecho, Elementos para una sociología del campo jurídico*. Bilbao: Editorial Palimpsesto.
- Caponi, S. (2007) Viejos y nuevos riesgos. En busca de otras protecciones. *Cadernos Saúde Pública*. 23 (1), 7-15.
- Castel, R. (1984). *La gestión de los riesgos. De la antipsiquiatría al post-análisis*. Anagrama: Barcelona.
- Castel, R. (1986). De la peligrosidad al riesgo. En J. Varela y F. Álvarez-Uría (comps.) *Materiales de sociología crítica* (pp. 219-243). Madrid: La Piqueta.
- Castel, R. (2006). *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Manantial.
- Cillero Bruñol, M. (2001). Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, 3, 65-75.
- Feeley, M. (2008). Reflexiones sobre los Orígenes de la Justicia Actuarial. *Delito y Sociedad*. 2 (26), 19-36.
- Feeley, M. y Simon, J. (1994). Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law. En D. Nelken (Ed.) *The Future of Criminology* (pp. 173-201). London: Sage.
- Foucault, M. (1985). Contestación al Círculo de Epistemología. En: O. Terán (Presentación y selección) *Michel Foucault. El discurso del poder* (pp.88-124). México: Folios.
- Foucault, M. (1991). La función política del intelectual. Respuesta a una cuestión. En: J. Varela y F. Álvarez-Uría (Eds.) *Saber y Verdad* (pp. 47-47). Madrid: La Piqueta.

- Foucault, M. (2002). *La arqueología del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Frías Caballero, J. (1981). *Imputabilidad Penal, capacidad personal de reprochabilidad ético social*, Buenos Aires: Livrosca.
- Glaser, B. y Strauss, A. (1967). *The discovery of grounded theory. Strategies for qualitative research*. New York: Aldine Publishing Company.
- Guemureman, S. (2011). Los casos de violencia juvenil, las teorías de las subculturas criminales y los miedos sociales. En FLACSO (comp.) *Más allá de las Pandillas, Violencias, Juventudes y Resistencias en el mundo globalizado* (pp. 123-149). T. II. Quito: FLACSO.
- Guemureman, S. (2015a). Jóvenes y sistema penal: de las leyes que no fueron y de las leyes que pueden ser. El espejo de Brasil. *Voces en el Fénix* N°. 51. Diciembre 2015. Disponible en: <http://www.vocesenelfenix.com/content/j%C3%B3venes-y-sistema-penal-de-las-leyes-que-no-fueron-y-de-las-leyes-que-pueden-ser-el-espejo-d>
- Guemureman, S. (2015b). Demonización de jóvenes y demanda social de castigo. De los episodios delictivos a los réditos electorales. *Revista Cuadernos para una Nueva Independencia*. 3, 34-37.
- Guemureman, S. (2017). Pinceladas sobre el proceso de reforma legislativa. *Revista Institucional de la Defensa Pública de la CABA*, 7 (12), 97-105.
- Guemureman, S. (2018). *La derogación del Régimen penal de la minoridad ley 22.278/80: una cruzada maldita. Relato en varios tiempos de una reforma legislativa fracasada* (en prensa).
- Harcourt, B. (2013). *Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Martínez García, J.I. (1992). *La imaginación jurídica*. Madrid: Editorial Debate.
- Murillo, S. (1996). *El discurso de Foucault. Estado, locura y anormalidad en la construcción del individuo moderno*. Argentina: CBC.
- Observatorio de Adolescentes y Jóvenes (OAJ) (2017). Boletín OAJ N°5. “Los NNyA ‘caídos’ del sistema penal y los NNyA en riesgo de ‘caída estrepitosa’” (abril 2017) disponible en: <http://observatoriojovenesiigg.sociales.uba.ar/2017/04/07/boletin-de-coyuntura-no5-los-nnya-caidos-el-sistema-penal-y-los-nnya-en-riesgo-de-caida-estrepitosa/>
- O'Malley, P. (2006). *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Pardo, M. L. (1992). *Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras. Análisis lingüístico de sentencias judiciales*. Buenos Aires: Editorial CEAL.
- Pitch, T. (2003). *Responsabilidades limitadas: Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Reith, G. (2004). *Uncertain Times: The Notion of ‘Risk’ and the Development of Modernity*.

Time & Society. 13 (2/3), 383–402.

Rose, N. (1996a). Psychiatry as a political science: advanced liberalism and the administration of risk. *History of the Human Sciences*, 2 (9), 1-23.

Rose, N. (1996b). The death of the social? Re-figuring the territory of government. *Economy and Society*, 25 (3), 327-356.

Rose, N., O' Malley, P., y Valverde, M. (2006). Governmentality. *Annual Review of Law and Social Science*, 2, 83-104.

Salgado, V. (2015). La construcción mediática de la minoridad. Tratamiento de los delitos cometidos por jóvenes y construcción de la diada seguridad/inseguridad. En: S. Guemureman (Dir.) *Políticas penales y políticas de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes* (pp. 551-590). Santa Fe: Rubinzal Editores.

Vasilachis de Gialdino, I. (1992a). Enfermedades y Accidentes laborales. Un análisis sociológico y jurídico. Buenos Aires: Abeledo Perrot Editores.

Vasilachis de Gialdino, I. (1992b). Métodos cualitativos I: Los problemas teóricos-epistemológicos. Buenos Aires: CEAL.